

LA NUEVA DIRECTIVA DE RETORNO EN EL CONTEXTO DE LA ACTUAL POLÍTICA COMUNITARIA DE INMIGRACIÓN

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA¹

Sumario: I.- INEXISTENCIA DE UNA “POLÍTICA COMUNITARIA” EN EL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN. II.- LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA Y POR LOS ESTADOS MIEMBROS EN ORDEN A LA REPATRIACIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN IRREGULAR. III.- LA RECIENTE DIRECTIVA DE RETORNO Y SU INCONSISTENCIA CON LAS COMPETENCIAS ASUMIDAS POR LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS EN EL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN.

I.- INEXISTENCIA DE UNA POLÍTICA COMUNITARIA EN EL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN

La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio, puede considerarse el germen de una línea de actuación de las instituciones comunitarias a partir de la cual se trataría de ir dando cuerpo a una política sectorial (de inmigración) en el específico ámbito de la repatriación o retorno de personas nacionales de terceros Estados, inexistente en el momento actual². Esto es, la aprobación por el Parlamento Europeo de la referida propuesta de Directiva no articula –como se verá a continuación- la referida política sectorial dentro de un marco en el que -cabe decir que- no existe una única política comunitaria en el ámbito de la inmigración en el momento actual³.

Como se sabe, la referida política se ha empezado a construir tras la entrada en vigor (el 1 de mayo de 1999) del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, al comunitarizarse los ámbitos del asilo y de la inmigración mediante la incorporación en el TCE del Título IV, relativo a “*visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*”, con la finalidad de dar cuerpo -de forma progresiva- a un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Para ello, se pone en marcha el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión⁴ y posteriormente, el

¹ PTU de Derecho internacional privado. Universidad de Jaén.

² Véase Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (presentada por la Comisión), COM(2005) 391 final. Este texto no es el aprobado por el Parlamento Europeo, que no se ha publicado aún en el DOUE.

³ Este trabajo constituye parte de la intervención que realizó su autora en el Coloquio “*L’externalisation de la politique d’immigration de l’Union Européenne*”, organizado por el Grupo de investigación GERCIE EA 2110 en la Universidad François de Rabelais (Tours, Francia), los días 27 y 28 de marzo de 2008.

⁴ Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 (1999/C 19/01), publicado en el DOCE Serie C, núm. 19, de 23 de enero de 1999.

Consejo europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999) impulsa este objetivo de desarrollo de una política común de la UE en esta materia, que ha de constar de los siguientes elementos: colaboración con los países de origen, sistema europeo común de asilo, trato justo de los nacionales de terceros países y gestión de los flujos migratorios⁵. Por último, el Consejo Europeo de Salónica (19 y 20 de junio de 2003) incorpora de forma específica la idea de integración de los nacionales de terceros Estados⁶.

Ahora bien, el nuevo Título IV del TCE/TA está directamente relacionado con el art. 14 del TCE, que regula la libre circulación de personas⁷. Por tanto, las nuevas materias que comprende el citado Título IV siguen estando vinculadas directa o indirectamente a la libre circulación de personas, para completar la existencia de un espacio federal de entrada, circulación y residencia de personas físicas, cualquiera que sea su nacionalidad, en el interior de la UE⁸. En definitiva, tras el TA, la libre circulación de personas sigue relacionada con la realización del mercado interior. Y, en todo caso, se mantiene la competencia de los Estados miembros para legislar en materia de inmigración, siempre que no se oponga a lo dispuesto por el Derecho comunitario⁹.

Por ello, en el momento actual no cabe hablar de una política común de inmigración, sino de medidas derivadas de las acciones de gobierno llevadas a cabo en los específicos ámbitos de competencia atribuidos a las instituciones comunitarias por los arts. 62 y 63 del TCE/TA o bien con base en otras disposiciones del TCE, referidas al empleo, política social, etc. Y, en concreto, el art. 63, 3º del TCE/TA prevé expresamente que el Consejo adopte, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 67.3º, en el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del TA: “medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: (...) b) la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales”.

De otro lado, las instituciones comunitarias han apostado también en esta ocasión por la utilización del denominado “método abierto de coordinación” (MAC)¹⁰, que está estrechamente relacionado —como se sabe— con el conocido “principio de

⁵ Véanse, Conclusiones de la Presidencia (margs. 10-27), publicadas en www.eu.int/council

⁶ Pueden verse las Conclusiones de la Presidencia del referido Consejo en, www.consilium.europa.eu.

⁷ Como indica el art. 61 TCE/TA, “(...) a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo adoptará las medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el art. 14”, sin tomar en consideración su nacionalidad.

⁸ Véase, DEL VALLE GÁLVEZ, J.A.: “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I)” en, M. López Escudero/J. Martín y Pérez de Nanclares: *Derecho material comunitario*, McGraw Hill, Madrid, 2000, p. 46.

⁹ Así lo indica expresamente el art. 63.4.2º del TCE: “las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales”. Véase también, el Protocolo sobre las relaciones exteriores de los Estados miembros con respecto al cruce de fronteras exteriores anejo al TCE y la Declaración núm. 18 sobre la letra a) del punto 3 del art. 63 del TCE.

¹⁰ Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, de 22 de noviembre de 2000, sobre una política comunitaria de migración (Documentos COM 2000); y Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, de 11 de julio de 2001, relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración (COM 2001, 387 final).

subsidiariedad” de la acción comunitaria, esto es, sólo procede en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior¹¹. Y, por último, el reciente Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, explica esta falta de competencia, pues se trata del primer Tratado que prevé de forma expresa que la UE desarrollará dicha política común de inmigración (arts. 62, 63 y 63 bis)¹².

II.- LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA Y POR LOS ESTADOS MIEMBROS EN ORDEN A LA REPATRIACIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN IRREGULAR

En todo caso –como se ha señalado– uno de los pilares de la política comunitaria de inmigración es la gestión de los flujos migratorios, debiendo entender que comprende también la readmisión de personas, nacionales de terceros países, que se encuentran de forma irregular en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, esta cuestión presenta relación también con el pilar de la cooperación, esto es, con el establecimiento de redes de colaboración (y de diálogo) con los países de origen y no sólo con el relativo a la gestión de los flujos migratorios¹³. Y, este sentido, en el momento actual la UE está negociando convenios con terceros Estados de conformidad con el referido art. 63.3 b) del TCE/TA. Entre ellos, cabe citar el Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión¹⁴; la Decisión del Consejo, de 29 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre readmisión de personas (2007839/CE)¹⁵. No obstante, recogen cláusulas de readmisión otros convenios o acuerdos de colaboración negociados por la UE¹⁶.

Las instituciones comunitarias tienen competencia para llevar a cabo tales acuerdos internacionales con países terceros, dado que la medida de la repatriación, retorno o readmisión hace referencia, entre otros supuestos, a la situación que tiene lugar cuando una persona, que ostenta la nacionalidad de un país tercero y reside de forma irregular en el territorio de un Estado miembro, regresa o retorna a su lugar de origen¹⁷. Por tal

¹¹ En este sentido, el art. 63, 4, 2º del TCE/TA prevé que: “*las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales*”.

¹² DOUE Serie C núm. 306/57, de 17 de diciembre de 2007. En concreto, el art. 63 bis del TCE, tras su modificación por el Tratado de Lisboa, señala que “*la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas*”.

¹³ Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo europeo de Tampere, de 15-16 de octubre de 1999 (www.europa.eu.int/council), marg. 11.

¹⁴ DOUE Serie L núm. 129, de 17 de mayo de 2007.

¹⁵ DOUE Serie L núm. 46, de 18 de diciembre de 2007.

¹⁶ Véase, TERRÓN, A.: *Migraciones y relaciones con países terceros*, Documentos CIDOB, 2004.

¹⁷ Ha de tomarse en consideración, no obstante, que el Protocolo sobre las relaciones exteriores de los Estados miembros con respecto al cruce de fronteras exteriores atribuye la referida competencia con respecto a la acción exterior de la UE en relación con los ámbitos y materias establecidos en el art. 62 del

motivo, no sería preciso justificar la suscripción de tales acuerdos en la doctrina de los poderes implícitos a la acción exterior de la UE, esto es, justificar las competencias *ad extra* de las instituciones comunitarias a partir de las competencias *ad intra* (“principio del paralelismo entre competencias internas y competencias externas”).

No obstante, los convenios de readmisión suscritos por la UE con países terceros cuentan con otra base jurídica, el art. 13 del Acuerdo de Asociación firmado en Cotonú (Benin), el 23 de junio del 2000, entre 77 Estados ACP, por una parte, y la Comunidad Europea (CE) y sus 15 Estados miembros, por otra (Acuerdo de Cotonú), que prevé la posibilidad de negociar acuerdos sobre la readmisión de personas en situación irregular. Y, recientemente, la Comisión de la UE ha exigido la puesta en práctica de este artículo como consecuencia de la presión ejercida por el Gobierno español durante los últimos años ante las instancias comunitarias para llegar a establecer una política conjunta en esta materia –se ha señalado-¹⁸.

Además, cabe recordar el art. 63.4.2º del TCE/TA que indica que “*las medias adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales*”. Lo que permite que los Estados negocien convenios internacionales en esta materia, de un lado. Y, de otro, que las medidas tendentes a la readmisión de personas en situación irregular, bien sea por la vía convencional (entre los Estados parte de la UE) o por la vía de la preparación de convenios por las instituciones comunitarias hay que ponerlas en relación con la regulación existente en cada uno de los ordenamientos de los Estados miembros en el ámbito de las medidas del retorno, de la devolución y de la expulsión, dado que se trata de formas de alejamiento de las personas que se encuentran de forma irregular en territorio español (véase *infra*).

En relación con la primera de las consideraciones, el art. 63 *bis*, 3º TCE/TL prevé que la UE “*podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros*”, lo que indica claramente que las instituciones comunitarias no han asumido la competencia con carácter exclusivo con respecto a la preparación de tales acuerdos de readmisión, sino que se trata de una facultad. Esto es, la actuación comunitaria no empece la acción de cada uno de los Gobiernos nacionales, en relación, en especial, con la preparación o con la negociación de convenios internacionales.

TCE/TA y no con respecto al art. 63 del referido tratado, que regula específicamente –como se sabe– las medidas sobre política de inmigración.

¹⁸ La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 30 de noviembre de 2006, sobre “El planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración” (*Documentos COM* 2006, 735 final), indica en este sentido que la obligación de readmisión contenida en el artículo 13 Cotonú es decisiva y es la base adecuada para los acuerdos bilaterales suplementarios de readmisión entre Estados miembros de la UE y los países ACP.

Para intentar dar respuesta a la situación que se plantea en el territorio español en el momento actual (de llegada cada vez más numerosa de personas que intentan acceder al territorio español de forma ilegal) el Gobierno de España ha negociado convenios internacionales relativos a la repatriación de personas en situación irregular, tanto generales, como específicos. De otro lado, la LOExIS, en su redacción dada por la LO 14/2003, hace referencia a los Acuerdos de readmisión en la nueva Disp. Adic. Sexta (*“a los extranjeros que, en virtud de los Acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación lo dispuesto en los citados Acuerdos y la presente Ley, así como su normativa de desarrollo”*), que puede ser interpretada como la voluntad del legislador de dar protagonismo a tales convenios¹⁹.

En el momento actual España ha suscrito convenios de readmisión con los siguientes países: República Argelina Democrática y Popular (*BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2004); Bulgaria (*BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 1997); Cabo Verde (*BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 2008); Ecuador (*BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2001); Eslovaquia (*BOE* núm. 94, de 20 de abril de 1999); Estonia (*BOE* núm. 113, de 11 de mayo de 2000); República francesa (*BOE* núm. 308, de 26 de diciembre de 2003); República de Gambia (*BOE* núm. 310, de 28 de diciembre de 2006); Guinea-Bissau (*BOE* núm. 74, de 27 de marzo de 2003); República italiana (*BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 2001); República de Letonia (*BOE* núm. 93, de 18 de abril de 2000); Lituania (*BOE* núm. 94, de 19 de abril de 2000); Gobierno macedonio (*BOE* núm. 280, de 23 de noviembre de 2006); República Islámica de Mauritania (*BOE* núm. 185, de 4 de agosto de 2003); Reino de Marruecos (*BOE* núm. 100, de 25 de abril de 1992); Nigeria (no publicado en el *BOE*); República de Polonia (*BOE* núm. 176, de 22 de julio de 2004); República de Portugal (*BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 1995); Rumania (*BOE* núm. 150, de 21 de junio de 1996); y la Confederación suiza (*BOE* núm. 17, de 20 de enero de 2005).

De otro lado, hay que diferenciar estos convenios de los acuerdos que tienen la finalidad de ordenar los flujos migratorios, sin que en ellos se haga específica referencia a la cuestión de la readmisión de personas en situación irregular en el territorio de los respectivos Estados que los suscriben. Por último, el Gobierno de España ha celebrado también convenios relativos a la repatriación de personas menores de edad en situación

¹⁹ Y el RELOExIS, tras su modificación por el RD 1019/2006, de 8 de septiembre, introdujo un segundo párrafo al apartado 1 del art. 13 con la siguiente redacción: *“cuando existiesen acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, los funcionarios responsables del control, tras facilitar la información a la que se refiere el art. 26.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, denegarán, en los términos previstos en los citados acuerdos, la entrada de las personas a las que les sean de aplicación, siempre que la denegación se produzca dentro del plazo previsto en los mismos”* (*BOE* núm. 228, de 23 de septiembre de 2006). Véase Dictamen del Consejo de Estado 1589/2006, de 7 de septiembre de 2006.

irregular con Rumania (*BOE* núm. 195, de 16 de agosto de 2006); Senegal²⁰ y el Reino de Marruecos²¹.

III.- LA RECIENTE DIRECTIVA DE RETORNO Y SU INCONSISTENCIA CON LAS COMPETENCIAS ASUMIDAS POR LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS EN EL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN

En este contexto de la adopción de medidas tendentes a la articulación de una (futura) política sectorial comunitaria en el ámbito de la inmigración se enmarca la aprobación por el Parlamento Europeo de la “Directiva retorno”²². Sin embargo, el aspecto sobre el que es preciso llamar la atención de forma particular es la falta de competencia de las instituciones comunitarias para regular la medida de retorno de los nacionales de terceros países, sin una previa unificación o armonización de las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito de las formas de alejamiento de los nacionales de terceros países del territorio de los Estados comunitarios. Porque las nociones de “repatriación” o de “retorno” no son independientes de las referidas medidas de alejamiento previstas en cada uno de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros –que, en ocasiones, requieren la incoación de un procedimiento sancionador-.

Esto es, la inexistencia de una definición específica para el ámbito comunitario de qué casos se conciben como devolución y cuáles pueden considerarse retorno, repatriación, extrañamiento o expulsión impide que pueda articularse dicha política común ni tampoco medidas, como es el caso de la Directiva de retorno, que tienen la finalidad de poner en práctica las citadas formas de alejamiento. Por último, las instituciones comunitarias estén –de hecho- externalizando esta competencia, esto es, delegando la gestión del retorno en terceros países²³.

²⁰ El Congreso de los Diputados, en su reunión de 20 de abril de 2007, aprobó el referido acuerdo (*BOCG* núm. 371, de 20 de abril de 2007).

²¹ *BOCG* Serie A, núm. 429, de 14 de septiembre de 2007.

²² Para un detenido comentario del referido texto véase, en particular, MOLINA NAVARRETE, C.: “Un nuevo fantasma recorre Europa: la Directiva de retorno y la propuesta de Directiva del tiempo de trabajo interminable”, *Trabajo y Seguridad social*, Centro de Estudios Financieros, núms. 305-306 (agosto-septiembre de 2008), pp. 65 y ss; y PÉREZ SOLA, N., en esta misma Revista y número (foro de opinión).

²³ El Dictamen del Comité de las Regiones, de 13 de febrero de 2007, apunta en esta dirección. Esto es, previene de la utilización de esta opción –la externalización- en el momento actual.